

【翻訳】

君の知識を検討せよ ― 刑事訴訟法（16 版）― [1]

クラウド・ロクシン / ハンス・アッヘンバッハ
吉田 宣之 訳

【翻訳を開始するにあたって】

二、三年前の刑法学会で光藤景皎先生とお会いした時、Claus Roxin 著の「Prüfe dein Wissen-Strafprozessrecht (15.Auflage) -」を翻訳しようとお話がでた。先生とは、同郷で、しかも、高校の大先輩、加えて、刑法学会終了後は、松尾杯争奪テニス大会でテニスのお手合わせをさせて頂くなど、大変親しくお付き合いをさせていただいていた関係もあって、お声を掛けていただいたものと考えている。先生の推薦される方々と、私と、私の弟子である、桐蔭横浜大学法学部准教授 谷脇真渡君、ノースアジア大学法学部准教授 秋山栄一君、および、大阪経済大学講師 四條北斗君とで分担して翻訳することとなった。

同書は、1967 年の初版からほぼ 40 年間、すでに 15 版を重ね、その内容のコンパクトさとの的確さで学生の参考書として好評ををくしている所謂「名著」である。翻訳開始時点では、すでに第 16 版となっており、原著者である元ミュンヘン大学教授 Claus Roxin に、その弟子でオスナブリュッケ大学教授の Hans Achenbach が加わり、共著の形式になっていた。そこで、両教授に連絡し、翻訳の許可を頂き、翻訳作業にはいった。

この度、翻訳の成果を桐蔭法学に掲載できる運びになった。順次、発表していく。当然、すべてをまとめて一冊の本として出版する予定である。

(桐蔭横浜大学法科大学院教授 吉田宣之)

Vorwort von Claus Roxin (Roxin の序文)

「君の知識を確かめよ—刑事訴訟法— (Prüfe dein Wissen-Strafprozessrecht-)」の巻は、1967 年に私によって最初に世に問われたものであり、それ以来ほぼ 40 年の長きにわたって多数の版を重ね、好んで用いられた基本的な補助教材として多くの学生世代に貢献してきました。ここにある 16 版は、私自身によってではなく、私の仲間、友人でしかも私のかつての生徒であった Hans Achenbach によって改訂されたものです。私は、喜んで、彼にこの本の継続を委ねました。というのは、一方では、その間に、私の実体刑法に対する膨大な著述が、訴訟法上の研究のための予備的な文献に慎重に目配りをするための十分な時間が私にもう残されていない程までに、私の作業力を必要としたからです。そして、他方では、Hans Achenbach は、大学卒業後に私の下で助手であった時期に、既に、この本に深く係り、しかも、この本のために多くの作業をし、その後教授になってからの数十年間は貴重なアドバイスによってこの本を導いて来てくれた、刑事訴訟法の精通者なのです。それ故、Hans Achenbach は、語のあらゆる意味で、私の「有資格の」後継者なのです。彼の改訂を注意深く読んでみると、彼がこの巻を私の意に沿って、しかも、大変巧みな教授法によって最新の水準にまで仕上げていることが判ります。わたしは、彼の指揮監督の下で、この本に今まで授けられていたのと同じように、多くの賞賛が加えられんことを望みます。

2006 年 3 月、ミュンヘン

クラウス ロクシン

＊

Vorwort von Hans Achenbach (Achenbach の序文)

この本の改訂を、私の学問上の師である Claus Roxin の手から引き継

ぐことが許されるのは、私にとって大きな名誉であるし、喜びでもあります。編纂者の交代は、第一次の法律試験の新形式への過渡期に、そして、また、必須科目の知識と重点知識の関係の変革に当たっていました。私は、このような新しい条件の下にあっても、この著作の特有の個性を可能な限り、Roxin がその刻印を押したように、維持しようと努力しました。新しい、基本権を制限しようとする捜査措置を創造するという点について、立法者が非常に誠実であったために、それに対応する新しい章を必然的に作らなければなりませんでした。けれども、その他の実証済みの構成は、触れないでそのままにしておきました。

また、新版では基本の知識と深化させる知識の区別が、個別事例に対する異なった構成の番号によって判るようになっていきます。しかも、この区別は、試験と勉強の新しい構成に調和しうるものともなっています。それに対応して、太字の番号は必須科目の知識、イタリック体の番号は重点領域の素材を示しています。素材の内部的な構成を、私は、その都度取扱ったテーマについての先導的な見出し語を太字で際立たせることによって明らかにしようと試みました。前版の編集終了以来、9年が経過しています。そして、そのために刑事手続の様相を著しく変更するような、また、その目的として基本権を侵害するかもしれない多様で新しい、55を超える関係法規の改正が取り込まれなければなりませんでした。基本的であり、かつ細部の問題にとっても重要な、BGH および他の裁判所の判決、また、BVerfG、EGMR および EuGH の判決も考慮されています。模範的なものとしては、刑事訴訟における司法取引の実務についての BGH の刑事部大法廷の新判例が、挙げられるでしょう。立法、判例および文献は、2006年2月の時点のものです。しかし、一部には、それを超えるものもあります(BGHSt ないし Band 50 Heft 3; BVerfGE ないし Band 113)。

本版の準備の際して共同作業をしてくれた Antie Berg, Matthias Dominok および Britta Tornow に感謝します。読者からの批判や提案は、常に、歓迎しています (Mail-Adresse: Professor-Achenbach@uos.de)。

*

Hinweis zu den Fragen (質問についての指示)

太字の番号の付いている問は必須のテーマを、イタリック体の番号は重要なテーマを取扱っている。

Einführende Fragen (導入のための質問)

問 1. 刑事訴訟法は、何年に成立し、現在は、どのテキストが適用されているのか？

【答】刑事訴訟法は、帝国司法法の一つとして 1879 年 2 月 1 日に公布され、1879 年 10 月 1 日に施行された。1987 年 4 月 7 日の改正新法が公示されるまで、80 回以上の小改正によって、修正が加えられた。それ以来、同様に、更に、80 以上の法律によって、継続的に修正が加えられている。統一以後は、この刑事訴訟法は、かつての DDR の領域にも適用されている。添付書類 I に、この点についての一定の例外が認められているが、統一条約 8 条を参照 (BGBl. II 1990, 933 f.)。

問 2. 刑事訴訟法は、刑事手続について本質的な規定をすべて含んでいるのか？

【答】いいえ。1877 年 1 月 27 日に成立した G V G の 1975 年 5 月 9 日のテキストは、事物管轄、個別裁判所の構成と組立 (1. - 9a. Titel, §§ 1 ないし 140a) 検察組織 (10. Titel, §§ 141 - 152)、および、裁判所の活動の外的経過についての一般的な、刑事手続に限定されない原則を規定している (11. - 17. Titel, §§ 153 - 202; 例えば、公判の公開性、同様に、判事会議の会議と評決についての規定)。

刑事手続にとって本質的な、これ以外の規定は、GG (Art. 101, 103, 104), EMRK (Abschnitt I, Art. 2-8), StGB (刑事告訴に関する §§ 77 - 77e、時効に関する §§ 78 - 79b) および JGG (§§ 33 - 81) に含まれている。

これらの成文の規定の他に、そのやり方についての詳細を定める、司

法大臣会議によって全州および連邦に対して統一的に規定され、連邦に統一的に適用される行政命令がある。その規定の中で最も重要なのは、科料手続と過料手続についての指針である (RiStBV, abgedruckt bei Meyer-Goßner, Anh. 15)。

問 3. 刑事訴訟法は、どのような構造になっているのか？まず、概観を把握するために、Beck 社から出版されているドイツ語版のテキストの、ロクシンによって書かれた「刑事訴訟法への導入」を読むこと！

【答】刑事訴訟法は、8 編によって構成されている。第 1 篇（「一般規定」、§ § 1 - 149）は、手続きの全過程にとって等しく意味のある素材を取扱っている。例えば、裁判所の土地管轄 (§ § 7 ff.)、証人および鑑定人の任務と権利 (§ § 48 ff., 72 ff.)、差押、搜索および他の捜査処分の手続 (§ § 94 ff.)、拘禁および仮逮捕の条件 (§ § 112 ff.)、被疑者の取調 (§ § 133 ff.) およびその弁護 (§ § 137 ff.) である。

第 2 編から第 4 編は、時系列に従って訴訟行為の経過を、「第 1 審の手続」 (§ § 151 - 295) から「上訴」 (§ § 296 - 358) へ、更に、場合によっては必要になる「再審」 (§ § 359 - 373a) に至るまで、記述している。

第 5 編は、一般的に生ずる、あるいは、特殊的に、私訴、附随私訴および刑事手続における民事上の損害賠償請求権の主張の際に生ずる「手続への被害者の参加」 (§ § 374 ないし 406h) を規定している。第 6 編は、「手続の特別な種類」 (§ § 407 - 444)、すなわち、略式命令、保全手続、簡易手続、没収や財産差押における手続、同様に、法人や、§ 30 OWiG の意味での団体に対する過料の確定に言及している。第 7 編 (§ § 449 - 473) は、「刑の執行」と「訴訟費用」に関係している。

第 8 編 (§ § 474 - 495) は、最後に、手続を超える目的のための情報の使用、および、データの使用と、州を越えた、検察の訴訟記録の利用を規定している。

問 4. 刑事訴訟法は、正規の刑事手続の他に、合意による刑事手続をも認めているのか？

【答】この点については、争われている。StPO の規範テキストには、確かに、合意の要素が見られる(例えば、§ 153a に従って、賦課あるいは遵守事項を課す条件が満たされている場合に、検察庁あるいは裁判所のさらなる訴追の免除を得るという被疑者・被告人の可能性)。訴訟関係者一裁判所、検察庁、被疑者・被告人、弁護士一間でさらなる取引を許すような手続形態を、立法者は、今までは採っていなかった。しかしながら、実務では、そのような免除を原則的には許されるとされていた(BGHSt50, 40; Nr.241, 440)。BGH は、しかし、その許容性と、場合によってはその本質的要件および判決の合意との限界づけを法律によって定めるようにとアピールしている。

*

Erster Teil. Das Vorverfahren (Ermittlungsverfahren) (第 1 篇. 起訴前手続 (捜査手続))

1. Grundlagen des Vorverfahrens (起訴前手続の基礎)

問 5. a) 刑事手続は、準備手続あるいは捜査手続から始まる。現在、この両概念は、同義的に用いられている。しかし、それは今までもそうであったのだろうか？

【答】いいえ。本来は、現在のように、捜査手続をのみ構成する単純な準備手続に加えて、重要な刑事事件に関しては、二段階的な準備手続があった。そこでは、検察による捜査手続に、予審判事の手になる、裁判所による予審が続いていた。しかし、このような手続の形態は、1975 年に廃止された。

b) 準備手続は、どのような任務を負っているのだろうか？

【答】準備手続では、刑事訴追官庁によって、被疑者に対する公訴の提起のための、十分な根拠があるか否かが、捜査されることになっている

（§170）。

問6. 準備手続を支配している3つの形成原則は何なのか？

【答】職権主義、弾劾主義および起訴法定主義である。

問7. 職権主義原則とは何か、そしていかなる範囲で妥当するのか？

【答】職権主義（Amtsgrundsatz）によれば、刑事手続の開始と刑事訴追は、国家の責任となる。この原則の制限を含んでいるのは、国家に認められている刑事手続の遂行が告訴権者（§247 StGB）あるいは授權者（§194 IV StGB）の一行為に委ねられている、親告罪および授權罪である。さらに、私訴罪（§§374 ff.）は、被害者が刑事訴追について決定を下すだけではなく、検察庁が訴追を引受けない場合には、起訴をすることもできるのである（§377）。職権主義に対して歴史的に対立する原理は、ゲルマン法の私訴およびローマ法の民衆訴訟である。

問8. 弾劾主義原則とは何か、いかなる目的に貢献し、そして、その淵源はどこなのか？

【答】弾劾主義原則（Anklagegrundsatz）によれば、刑事訴追と判決の発見とは、二つの、相互に独立した機能の担い手、すなわち、検察庁（場合によっては、私訴人）と裁判所に義務づけられている。それ故、裁判所の判決は、事前の、原則として検察庁によって提起されるべき起訴がなければ、下されえない（§§151, 152 I）。その点に、刑事訴追と判決が同一の裁判官の手中にある、普通法の糾問主義的訴訟との根本的な違いがある。そのような糾問的手続は、判決主文への裁判官の先入観の混入という、それを弾劾主義原則が守らなければならない危険へと至る。この弾劾主義原則は、ドイツでは、19世紀になって初めて（1848年以来）、各州の訴訟のなかで、徹底された。そこで基準となったのは、フランスの影響であった（Code d'instruction criminelle, 1808）。

問9. 起訴法定主義はどのように理解されるべきか？職権主義とどのよ

うな関係にあり、その機能はどのようなもので、それはドイツの刑事訴訟法ではどの程度実現されているのか？

【答】起訴法定主義は、可罰的で、裁判上で訴追可能な行為があるとの十分な根拠が存在する場合には、介入するという刑事訴追官庁の義務を (§ § 152 II, 163, 165)、これを検察庁に限って言えば、場合によれば起訴するという義務を基礎づける (BVerfG NStZ 82, 430)。起訴法定主義原則は、職権主義の相関概念である。すなわち、国家の訴追独占と起訴独占には、訴追義務と起訴義務が対応関係に立つ。この義務は、法の前の平等を保障し、刑事訴追官庁を司法に反する影響から守る。これに対する原則は、訴追裁量の原則によって指導された起訴便宜主義原則であり、それは過料手続において適用され (§ 47 OWiG)、また、私訴罪における刑事手続で見られる (§ § 376, 377 II)。しかし、§ § 153 ff. に従っての刑事訴追の免除事案のほとんどは、起訴便宜主義に算入される。

2. Die Einleitung des Ermittlungsverfahrens (捜査手続の開始)

問 10. a) 刑事手続は、どのように開始されるのか？

【答】三種類ある。すなわち、刑事訴追機関による職務上の感知に基づく場合、刑事告発に基づく場合、あるいは、刑事告訴に基づく場合である。

b) 捜査手続の開始は、どの程度の嫌疑を前提としているのか？

【答】起訴法定主義に従えば、既に述べたように、§ 152 II が訴追可能な犯罪についての「十分な事実的な根拠」と記述している、所謂端的な初期的嫌疑によって開始するという刑事訴追機関の原則的な義務が存在する。それによって意味されているのは、具体的な事実によって確証された、犯罪捜査上の経験に裏打ちされた、そのような犯罪が存在しているという点に関する証拠である。単なる推定は、それにとっては十分ではない。

問 11. 職務上の感知に基づいて刑事訴追を開始する義務を負う者は誰なのか？

【答】検察庁 (§ 160 I)、警察 (§ 163 I)、および、「遅滞の危険の場合」には、裁判官 (§ 165)である。

問 12. 検察官 S が、朝、新聞を読んでいて、麻薬を提供するとの広告を見つけた。彼に捜査手続を開始する義務があるのか？

【答】はい！自己の観察結果を追求するだけではない。信用できる噂および裁判所の記録あるいは新聞からのヒントをも追跡しなければならない。その場合、検察官は、§ 160 I の「他の方法で」犯罪の嫌疑について、職務上、認識したことになる (KK/Wache, § 160 Rn. 12)。§ 160 I に反して事実関係の探求をしなかった場合、§ 258a StGB（職務上の刑を無効にする行為）による処罰が考慮されることになる。しかし、問 13 をも参照。

問 13. a) 刑事警察官が、ある強盗から内密の、個人的な知らせを受取った。この警察官は、内勤で、このような事案についての管轄権を持っていなかった (BGHSt 5, 225)。

b) 地域の警察庁をも同時に意味する市長が、職務外で、同一会派のメンバーが彼の自治体で行った重傷害の事実を知った (BGHSt 12, 277)。

以上の二人は、刑事訴追を開始しなければならないのか？

【答】職務外で得られた認識が「職務上の知見」に属するのか、そして、訴追を開始するよう義務づけられているのかという問は、完全には解明されていない。判例は、職務遂行中に入手された可罰的行為の際には、「それによって公衆あるいは個人にとって特に重要な法益が侵害される」場合に限り、これを肯定している。§ 138 StGB の一覧表が、すべてを包括しているわけではないが、この点についての一定の指針を与える (BGHSt 38, 388, 392; これに賛成なのは、BVerfG NJW 03, 1030)。支配的見解は、この基準が非常に不確定的であることを理由に、可罰性を否定しているが、部分的にはあるが、懲戒法上の処罰に関して、これを肯定している（この点については、LK/Rieß, § 160, Rn. 27ff. を読め）。我々の例で言えば、BGH は、§ 346 StGB a.F. (§ 258a n.F.) を認めている。a) のような場合にも、行為者が黙っていることの見返りに相応の代償を支

払わせたことを理由に、認めている。

問 14. 警察官 P は、同僚 K と一緒に、横領をした。P は、K に対する刑事訴追を開始する義務を負うのか？

【答】犯罪の共同正犯、共犯あるいは受益者は、職務上の知見の際であっても、義務づけられてはいない。判例によれば、このような自己庇護特権は、職務刑法上の処罰に限っては、適用されない。

問 15. M は、窃盗に遭った。彼は、

- a) 刑事告発をしたいと、
- b) 住居侵入で刑事告訴をしたいと思った。

彼は、何処で、どうやってそれを行うことができるのか？

§ 77ff. StGB に従った刑事告訴権については、Kundlich, Strafrecht, Allgemeiner Teil (PdW Heft9), Fragen Nr.156ff. 参照。

【答】a) 刑事告発は、検察庁、警察および区裁判所に対して、文書であるいは口頭で(電話ででも)なし、調書が作られる (§ 158 I)。秘密の刑事告発も許されている。

b) 刑事告訴も同様であるが、警察に文書を提出してのみ許されるという点に違いがある (§ 158 II)。

問 16. 検察庁に侵入窃盗を理由としてなされた M の刑事告発は、同時に住居侵入を理由とした刑事告訴としても妥当するのか？

【答】刑事告発の内容から、行為が親告罪であったとしても訴追されるべきであるとの被害者の意思が、疑いもなく明らかなような場合には、妥当する (BGH GA 57, 17)。ところで、調書化された刑事告発は、告発者がそれによって訴追意思を誤解なく表現しているような場合には、刑事告訴としても有効である (BGH NStZ 95, 353)。

問 17. 20 歳の X が父親から 5000 ユーロを盗み、持ち逃げした。検

察庁は、刑事告訴 (§ 247 StGB) がなされる前に、訴追措置を開始することが許されるのか？

【答】このことは、§ § 127 III, 130 から明らかなので、許される。それによれば、刑事告訴をなす以前に仮逮捕をなし、さらに、勾留命令を発することもできる。もちろん、検察官は、告訴前であれば、原則として、それ以外に重要な証拠が失われてしまう恐れがあると思料されるときには、介入すべきである (RiStBV Nr. 6 I 2)。刑事告訴がなされない、あるいは、告訴期間が過ぎたということが判明した時には、手続は中止されなければならない。

3. Stellung und Aufgabe der Staatsanwaltschaft bei der Strafverfolgung (刑事訴追における検察庁の地位と任務)

問 18. 検察庁はどのような組織になっているのか？

【答】a) BGH における検察庁の長官は、連邦検事総長と呼ばれる。その下には、連邦検事がいる。これらすべての上位には連邦司法大臣がいる (§ § 142 I Nr.1, 147 Nr.1 GVG)。

b) OLG の検察庁は、検事長 (GenStA) の下にある。彼の上位者は、州司法大臣である。

c) LG にあつては、検事正 (LOStA) が庁の頂点にいる。彼は、LG の検察官、また、管轄区域内の区裁判所の検察官および区検察官を従えている。検事長と州司法大臣が彼の上位者である。

b) と c) について：規則は、§ § 142, 146, 147 GVG から導かれる。「検事長」および「検事正」という表示は、StPO にも GVG にもない。30 年ほど昔に遡らなければならない。現在では、州法上にこの表示がある。LR/ Boll, § 142 GVG, Rn. 12 ff. 参照。

問 19. 検察官の職務はどのような専門的な教育を必要としているのか？

【答】検察官は、裁判官資格を所持していなければならない (§ 122 DRiG)。AG でのみ検察庁の任務を代行することができる区検察官

(§ § 142 I Nr3, II; 145 II GVG)は、裁判官資格保持者である必要はない。彼等の基礎的能力の条件は、州法によって規定されている。ほとんどの場合、上級の司法キャリアを持った公務員、あるいは、司法修習生がそれに任ぜられる。

問 20. 検察庁は行政官庁であるのか、それとも、判決を下す権限に帰属するものであるのか？

【答】どちらでもない。検察庁は、独立の司法官庁として、司法の(裁判ではなく)機関であり、それによって、執行と判決言渡し権の架橋をなしているのである(Meyer-Goßner, Rn. 5 ff. vor § 141 GVG)。純粹の行政官庁とは、それに(裁判所と機能分配をして)刑事司法が委託されているという点と、それ故に、法の実現の際に真実と正義の原則にのみ義務づけられているという点で区別される。それは、裁判の一部に属するものでもない(論争がある)。というのは、手続を決定し、既判力を創造する判決主文は、裁判官のみに許されているからである(Art. 93 GG)。検察庁の階級組織的な構造と指揮拘束性(§ § 144 ないし 146 GVG)は、裁判官の平等性のテーゼに反している。

問 21. 女性検事が、X による謀殺事案の捜査の際に、有責証拠に加えて、被告人を免責する要素をも発見した。彼女は、このような事情を被告人の有利に考慮しなければならないのか、あるいは、それを弁護に委ねることができるのか？

【答】彼女は、むしろ、免責事情を独自に捜査しなければならない(§ 160 II)。検察庁は、それ故、当事者ではない。このことは、§ § 296 II, 365 (有罪者のための上訴提起と再審申し立て)に示されている。検察庁の非当事者性は、加えて、その司法官庁としての地位から、必然的に明らかにされる。というのは、真実と正義は、最も厳格な客観性においてのみ保障されるからである。

問 22. 検察官 S は、捜査の際に、彼が事態を客観的に評価しているの

ではなく、免責の事態を考慮しないようにしているとの印象を持たれた。彼は、不公正を理由に、忌避されるのか？

【答】はい。このことは、§ § 22 ff. が検察官に適用可能ではないために、法律から直接的に明らかにされることはないが、検察官が真実と正義に拘束されていることから、すなわち彼の客観性義務から帰結されるものである。また、判例も、不公正な検察官は除斥されるべきであるとの結論から出発しているが、このことが § 23 EGGVG に従った訴訟手続によって貫徹可能であるとか（疑問があるのは、BGH NJW 80, 845）、あるいは、上告を理由づける（この点についても疑問なのは、検察官の裁判官としての事前関与の事例についての BGH NSTz 91, 595）というような結論は、今までに導かれていない。この点を区別しているのは、Beulke Rn. 93ff.; Hellmann Rn. 102 ff.

問 23. a) ミュンヘンでの銀行家 B に対する H の告発について、検察庁は、比較的長期間の捜査の後、手続を開始した。H の不服申立ては、検事長によって棄却された。連邦検事総長は、訴追を再度開始するよう指揮をすることができるのか？

【答】

いいえ。§ 146 GVG によれば、確かに、検察官は、上司の職務上の命令に拘束されている。しかし、連邦検事総長は、州検察庁の上司ではない。

b) 州の検事長は BGH へ上告した。連邦検事総長は、そのような上告を取下げるか、あるいは、取下げの命令を下すことができるのか？

【答】

いいえ。連邦検事総長は、高々、BGH への手続において、上告棄却を申し立てることができるに過ぎない。

問 24. a) 検察庁が、医師 X に対して、過失致死を理由に捜査手続を開始した。嫌疑は、患者 P を適切な時期に手術をしておけば、場合によっては救助できたのではないかという点に基づいている。X は、彼に対して

はどのような非難も可能ではなく、それ故、彼の訴追は、事実のおよび法的理由から、恣意的で、しかも、許されないものであると、考えている。彼は、Art.19 IV GG を援用して、OLG での § 23ff. EGGVG による手続において、捜査手続の中止を申し立てた。正しいのか？

【答】

いいえ (OLG Karlsruhe NStZ 82, 434)。そもそも、§ 23 EGGVG は、Art.19 IV GG の行使にとっては、司法行政行為の審査についての補助的な法的手段として使用可能であるに過ぎない。確定した判例によれば、検察庁の捜査は、本来の司法行政行為ではなく、機能的に司法に整序され、非独立的な、最終的な処分を準備する個別の措置として、個別的に攻撃することのできるものではない(賛成なのは、検察庁の客観的に恣意的な行為についての十分に根拠のある説明がある場合を例外とする BVerfG NStZ 04, 447)。こうすることのみが、検察庁(裁判所ではなくて!)が、責任を負っている捜査手続の構造にとっても相応しいのである。また、Art.19 IV GG もこれに反するものではない。というのは、後の公訴提起の際に裁判所によるコントロールが保障されるからであり、中止の場合には、原則として、いかなる法律違反も存在していないからである。しかし、違反があった場合には、職務上の責任に対する損害賠償請求権(場合によっては、§ 344 StGB)が、審査を保証する。もっとも、損害賠償請求権は、訴訟手続の開始および継続が恣意的で、是認できない場合に、ありと認められるのである。検察庁は、その限りでは、判断の裁量範囲を持っているのである (BGH NStZ 88, 510)。

b) X は、加えて、手術の不作为について、彼と同じように責任があると思われる、他の医師に対しても捜査しないのは恣意的であると主張している。それ故に、これらの医師に対しても捜査が開始されるべきであると申立てている。正しいのか？

【答】

いいえ (BVerfG NStZ 82, 430)。確かに、検察庁は、起訴法定主義 (§ 152 II) によって、すべての嫌疑者を捜査するよう義務づけられている。こ

の義務に違反しているのかもしれない。しかし、Xは、そのような不作為によって、権利が侵害されているわけではない。Art. 2 GG も Art. 3 GG も、他人に対する訴追措置を請求する権利を基礎づけてはいない（BVerfG aaO.）。

c) 検察庁は、裁判所によって提案された § § 153ff. による中止に同意することを拒否した。被告人は、これに対して法的手段を取ることができるのか？

【答】

いいえ。そのような拒否は、§ 23 EGGVG によって異議を申立てるような司法行政行為ではない。どのように検察庁がその訴訟上の権限を使用しようと思うかは、検察庁の裁量にのみ任されている（OLG Hamm NSTZ 85, 472）。

d) 検察庁は、捜査手続について新聞発表をした。手続が中止されたXは、それによって差別されたと感じ、取り消しを申し立てた。そのような訴えは可能なのであろうか？

【答】

この点については、行政裁判所への出訴の途がある（BVerwG NJW 89, 412; NJW 92, 62）。§ 23 EGGVG による出訴は、新聞の解説は刑事司法にではなく、公共の稟明利益に資するものであるために、遮断されている（見解を異にするのは、OLG Karlsruhe NJW 95, 899; OLG Stuttgart NJW 01, 3797）。

問 25. 各州の検察庁による、連邦で統一された刑事訴追の可能性もあるのか？

【答】狭く限定された範囲でのみ。§ § 142a, 74a II, 120 I, II GVG の規定は、連邦検察官が、一定の重大犯罪（特に、国家保護犯罪と殺人罪）について、刑事訴追を引受けることを可能にしている。

問 26. 検察官 S は、上級検察官より、詐欺手続の公判で裁判所によって提案された中止 (§ 153 II) に賛成しないようにとの指図を受けた。それにもかかわらず、彼は賛成した。検察庁は有効に賛成したのか？

【答】はい。内部的な義務違反は、外部的な有効性を阻害しない。職務を執行する検察官は、指図に従っているか否かに関係なく、法的には、常に、検察庁の最高位の公務員の代理人として (§ 144 GVG) 行為しているのである。

問 27. 仮定であるが、検事長が州の幹部職員を巻き込む特定の収賄罪事案を訴追しないように指図したとしよう。検察官は、この指図に拘束されるのであろうか？

【答】いいえ。指図権(司法大臣のそれも)は、起訴法定主義に限界を持っているのである。この原理に反する指図をしたり、あるいは、それに従った検察官は、§ 258a StGB で処罰される。

問 28. 検察官 S は、彼自身は、彼の捜査の結果として、公訴の提起に十分な契機が与えられていないと考えたにもかかわらず、窃盗事案について起訴するように指図された。彼には、この指図に従う義務があるのか？

【答】指図権の限界は、個別的には、解明されていないし、争われている。真実と正義にのみ義務づけられている司法機関としての検察官の地位から出発すると、彼は、「彼の良心に従って、裁判所に対する告訴を事実的に基礎づけるべきものについて責任を負うことができる」のでなければならぬ(Eb. Schmidt, MDR 64, 716)。それ故、S は、彼の確信に反して起訴するよう義務づけられていない(公判における法廷弁論、上訴の提起、勾留請求等についても同様である)。検察庁の最上位の公務員は、しかし、§ 145 GVG に従って、自ら事案を引受け(職務承継権)、あるいは、自らの知見に基づいて他の検察官に委託し(職務移転権)、そうすることで彼の確信を貫徹することができる。

問 29. 検察官 S は、上司から、起訴するようにとの指図を受けた。S は、

事件の軽微性のために中止が必要であると考えた。彼は、この指図に従わなければならないのか？

【答】はい。起訴法定主義の範囲外(ここでは、§ 153 I)では、指図権は、無制限に妥当する。主たる例は、§ § 153 ff., 376, 377（私訴の引受）、§ § 248a, 303c StGB（特別の公的利益を理由にした職権による訴追）。その範囲で、大臣の指図も、それが裁量権の濫用でない限り、許されている。

問 30. LG の女性検事 X は、自殺を阻止しなかったことが § 323c StGB によって可罰的であるとの確信を抱いた。彼女は、そう考えることによって、BGH の確定判決に反することになった(BGHSt 6, 147; 32, 367, 374 参照)。彼女は、判例の法的外見解に反して起訴しなければならないのか？

【答】検察庁が、起訴の際に、確定した最高裁判所の判例に拘束されるかどうか、拘束されるとすればどの程度かという問は、様々に答えられている。BGH (BGHSt 15, 155) は、これを肯定している。その見解によれば、起訴法定主義、権力分立および法適用の単一性が拘束を必要とする とされる。加えて、さらに、大臣の指図が刑事訴追の進行に許容できない影響を与える危険があるともされる。

この見解には異議を申し立てることができる (Roxin, Strafverfahrensrecht, § 10 Rn. 12 を見よ)。起訴法的主義は、法律的に可罰的な行為の訴追をのみ義務づけているのであって、可罰性の判断に際して裁判所の見解をのみ基準にするようにとは述べてはいないのである。権力分立からは、判例は裁判所の権限であることが示されている。起訴あるいは不起訴は、判例ではない (Nr. 20 参照)。法適用の単一性は、我々の手続法の支配的原理ではない。裁判所自体が、大変狭い限界の中で先例に拘束されているに過ぎない。検察官の法的外確信に反するような大臣の指図にも拘束されない。大臣は事案を意のままにすることはできないのである (§ 145 GVG は彼には適用されない) から、執行権の、許されるべきではない影響力の行使という危険はまったく存在しない。さらに、そのような拘束には、検察庁はその職務の執行の点について裁判所とは独立しているとする § 150 GVG が、反対している。

このような拘束に対する決定的な論拠は、司法官庁はすべての人を訴追するように義務づけられてはいないし、責任がないと思っているすべての人に刑事手続の負荷(未決勾留、押収、搜索!)をかける義務も負っていないという点にある。検察庁が法の実現に奉仕しなければならないのであれば、彼等にとっては一裁判官と同じように一法律の拘束の下で、自己の確信に基づいて正しいと思ったことのみが、「法」でありうるのである。

問 31. 検察庁の裁判所の判例に対する拘束 (§ 175 のように、法律に明示的に命ぜられているような個別の場合は除くとして)を否定する場合、それは、弾劾主義原則の理解にどのような作用を営むのであろうか？

【答】弾劾主義原則は、審問する裁判官の予断を防止するという訴訟心理学的な機能を持つだけではない(Nr. 8 参照)。その原則は、同時に、検察官を刑事訴追の最初から「どこででも法律の要求がみたされている」(これに反対なのは、BGHSt 15, 155)ようにと活動する「法の番人」(Saviny)にするのである。それによれば、二つの相互に独立した司法機関(検察庁と裁判所)がある行為を一致して可罰的と看做することが、有罪判決の前提である。

問 32. 起訴前手続における検察庁の任務は何か？ StPO は、このような任務を果たすためにどのような権限を検察庁に貸与しているのか？

【答】検察庁は、公訴が提起されるべきか否か (§ 170)、このような決断に至るまでに「事実関係を探索す」べきか否かを決定するのである (§ 160 I)。§ 161 I によれば、検察庁は、「他の法律上の権限が検察庁の権限を特別に規定していない限りで、すべての官庁に情報を請求し、あらゆる種類の捜査を自ら行うかあるいは官庁および警察署の公務員を使ってさせるか」の権限を持っている。しかしながら、この捜査の一般条項の適用範囲は、本質的に、その規定の文言が暗示しているよりは狭いのである。一般化している見解に従えば、その峻厳さの点で、法律で規定されている諸侵害に匹敵するような処分は、そこから取り去られているのである

(LR/Rieß, § 160 Rn. 9a)。基本権の本質的な制限(この点に関しては、Art.2 II 2 GG)は、一般条項では不十分で、明確に規格化された、十分に定められた法律的基础を必要とする(Hellmann, Rn. 134, 146 f.; Perschke, Die Zulässigkeit nicht spezialgesetzlich geregelter Ermittlungsmethoden im Strafverfahren [刑事手続における、法律によって特に規定されていない捜査方法の許容性], 1977, S. 51 f., 103, 139)。特別に規定された権限については、個々の処分の際に取扱う。

4. Polizei und Ermittlungshilfe im Vorverfahren (起訴前手続における警察と捜査共助)

問 33. 起訴前手続において、警察は、どのように活動するのか？

【答】警察は、検察庁の法的な全体責任の下で、犯罪行為の訴追に協働する。そしてそれは、以下のような二つの方法によってなされる。すなわち、

1. 警察は、検察庁の要求がなくても、自ら捜索活動をなさなければならない。それは、刑事告発または刑事告訴を根拠としようと(§ 158)、あるいは、職務上の知見に基づこうと(§ 163)かまわない。その際、警察は、検察庁と同じように、起訴法定主義原則の下に立っている(Nr. 9-14 参照)。しかし、警察は、「最初のアクセスの権利」を持っているに過ぎない。それ故に、その聴取等の活動は、引続き利用されるために、遅滞なく、検察庁に送致されるべきである(§ 163 II 1)。
2. 警察は、検察庁の嘱託あるいは請求によってあらゆる種類の捜索を行う義務がある(§ 161)。

問 34. 検察庁は警察の上位に位置づけられている官庁なのか？

【答】いいえ。警察は、検察庁からは、組織的に独立している。それは、司法官庁ではなく、個々の連邦の州の内務省の下にある。もっとも、「検察庁の請求や嘱託を充足する」義務がある(§ 163 I 2)。

問 35. 警察官 P は、ある交通事故の目撃証人になった。彼は血液検査のための採血を命ずることができるのか？

【答】 § 81a II によれば、そのような命令は、まずは、裁判官に、しかし、遅延によって検査結果が危殆化されるような場合には、彼が「検察庁の捜査員」である限りで、彼にも認められる。どのような公務員のグループが、そして、どのような職員のグループがこのような捜査員に属しているのかは、§ 152 II GVG に従って、州法によって定められる。刑事巡査は、ほぼ常に、その他の警察官の場合は一定の基準(例えば、巡査部長以上は無限定的に)によって、検察庁の捜査員となる。したがって、問に対する答は、P が一緊急の事案を前提にすれば一検察庁の捜査員であるかどうかによることになる。

問 36. 通常の警察官と検察庁の捜査員との実践的区別は何処にあるのか？

【答】実務的に最も重要な区別は、「捜査員」が他の警察官よりも広範な命令の権限を持っているという点にある。「遅滞の危険」がある場合には、一連の緊急措置、例えば、一般的に、差押 (§ 98 I, 111e I 2) と搜索 (§ 105 I)、血液検査あるいは被疑者に対するその他の身体検査 (§ 81a II) を命ずることができる。

問 37. 人質を取った銀行襲撃の際に、強盗たちは、人質を連れて逃亡した。そのため人質の命は非常に危険な状態に陥っていた。担当検事は、強盗を戦闘無能力にするために射撃するよう、巡査長と刑事巡査長に命令した。ところが、彼等は、基本的には警察署長の命令にのみ従う必要があるに過ぎないと述べて、これを拒否した。

a) その通りであるのか？

【答】 § 161 I 2 によれば、警察庁と警察官は、法律が「囑託」(＝一般の警察庁に対する要求)あるいは「請求」(＝捜査員に対する要求)と名づけている検察庁の指図に従う義務を負っている。捜査員(それ故、ここでは K)は、検察庁の請求を実行するよう、個人的に義務付けられているのに対して、その他の警察官は、支配的見解に従えば(AK/Achenbach, § 161

Rn. 16; Eb. Schmidt, II, § 161, 10; 異説であって、文献の紹介のあるのは、LR/Rieß, § 161 Rn. 58)、所属する官庁の代表者としてのみそれに従わなければならないに過ぎない。本事案のように緊急の場合には、P には嘱託をしかるべき部署に渡す時間がないのであるから、このことから差異は生じない。P と K によって主張された拒否理由は、適切ではない。

b) 警察署長は、彼自身が銃器の使用を合目的的ではないと考えた場合であっても、検察官の要求に従わなければならないのであろうか？

【答】それは、銃撃命令が刑事訴追の範囲内で与えられた否かに（その場合、検察官の指図権は § 161 から生ずる）、あるいは、一むしろ事案の状況によって認められるべき事柄であろうが一さなる災難を予防するために、また、そうすることによって、検察庁が影響を与えることのできない予防的な警察活動の範囲内であるか否かによるのである（LR/Schäfer/Boll, § 152 GVG Rn. 25 ff.; MG, § 161 Rn. 13; 詳しくは、RiStBV Anlage A 参照, この点については Meyer-Goßner, Anhang 15 を見よ）。

問 38. X には、窃盗を犯したのではないかとの嫌疑があった。逃亡の疑いあるいは罪証隠滅の恐れは、なかった。P は、警察官として彼のアパートを訪問し、取調べの目的で警察署へ一緒に来るように求めたが、X は拒否した。P には、彼を力ずくで警察署まで連行する権限があるのか？

【答】いいえ。

a) § 163 I 2 i. d. F. des StVAG 1999 は、確かに、警察にも、最初のアクセスの範囲内では、「他の法律の規定がその権限を特別に規定していない限りで、あらゆる種類の捜査手段を用いる」権限を与えてはいる。しかし、捜査の一般条項は、警察にとっても、検察庁にとって § 161 I 2 (上記 Nr. 32) が検察庁の捜査を限界づけているように、憲法上の法律の留保によって限界づけられているのである。

b) すべての警察官自体に（検察庁の捜査員にだけでなく）当然に与えられる、§ 127 II による仮逮捕の権利は、勾留命令の条件が存在していな

いので、ここでは除外されている。

c) 州の警察法に一部が含まれているような、警察の勾引権が、そのような措置を犯罪解明のために使用することを正当化できるのか、疑問がある。BGH の見解 (NJW 62, 1020) によれば、刑事訴追の領域に関する StPO の規定を「汲み尽くされ、排他的なものと看做しており、また、この領域における州法適用を排除することは」当然であるとしている (特に、Art. 72, 74 I Nr. 1 GG と、「州法の訴訟法規定は、…StPO の規定によって決定されるべきである、すべての刑事事件については無効である」としている § 6 EGStPO を考慮して)。もしも、警察の逮捕が直接的に刑事訴追のためではなく、警察の一般条項の領域での危険、例えば、直接的な反復の危険性に由来する行為者の場合のように、その防禦に資するものであれば、事情は異なる。

問 39. X 市の警察は、刑事告発に基づいて、告発者と被疑者を取調べた。警察は、ところで、自らさらに捜査をすることが許されるのか、あるいは、まずは検察庁に事件を引き渡さなければならないのか？

【答】 § 163 II 1 によれば、警察は、取調べの結果を遅滞なく検察庁に送致し、その指図 (§ 161) を待たなければならない。これに反して、警察が捜査を独立に最後まで行い、それから初めて検察庁に起訴あるいは中止の決定のために捜査結果を提出するという慣行が作り上げられている。ともかく、このような展開が、法治国家的に重大な法律の無視を意味するのか、あるいは、法律の有意味的な解釈を意味するのかは、争われている。大量犯罪の事案においては、警察は、上述のように振舞ったとしても、§ 163 II 1 の意味で遅滞したことにはならない。これに対して、このような領域以外にあっては、検察庁を遅滞なく介入させる義務がある、それ故、例えば、資本事案、国家保護事案、および経済刑事事案、しかも、中程度の犯罪の捜査が困難な手続においても (AK/Achenbach, § 163 Rn. 4)。

問 40. a) 警察の組織は、周知のように、州法の規定の下にある。それに

もかわらず、連邦の州の範囲を超えて警察の刑事訴追の可能性もあるのか？

【答】はい。なるほど、州の警察庁は、ただ、追跡の場合に限って（§ 167 GVG）州境を超えて活動できるだけである。けれども、「連邦刑事局と、刑事警察上の事件における連邦と州の協働に関する法律」（BKAG）は、警察による地域を越えた刑事訴追の拡大された可能性を予定している。

b) ドイツの警察官はドイツ連邦共和国を超えて活動できるのか？

【答】1990年6月19日の Schengen- 執行合意（1985年6月14日の Schengen 合意の執行のための合意は、・・・共通の国境の検査の段階的解体に関係しており—SDÜ）によれば、ドイツの公務員が、ドイツ国内の犯行現場で遭遇した犯人の追跡を、一定の条件の下で、他の協定国の領域で継続することを許している（追跡、Art. 41 SDÜ）。加えて、Art. 40 SDÜ は、該当国との間で合意した一連の前提条件の下で、ドイツ国内で開始された保護観察の継続を許している（詳細については、Ambos, Internationales Strafrecht, 2006, § 12 Rn. 33 を見よ）。

問 41. a) 裁判所の共助は、どのように理解されるのか？

【答】裁判所の共助とは、行政命令によって大多数の連邦州で作られている制度で、犯罪者人格や彼の環境の捜査を支えるべく作られた装置である。それは、原則的に、中程度の重罪や軽罪の場合、少年保護事件、少年と老人の犯罪、と同様に、特別な環境のために犯罪を犯した人に限って機能するのである。制度的には、これは、大概の場合、司法に、しかし、ベルリンでは、社会庁に組み入れられている（Art. 294 EGStGB 参照）。Meyer-Goßner, § 160 Rn. 23 ff. を見よ。

b) 裁判所の共助の参加は、ドイツ刑事手続のどこで予定されているのか？

【答】JGG が、少年審判補助を手続のすべての段階で捜査幫助、執行幫助および社会化幫助として義務的に予定しているのに対して（§ § 38, 70, JGG を見よ；しかし、§ 46 IV OWiG にも注意）、StPO は、むしろ、（成年の -）裁判所の共助について付随的に言及している。§ 160 III 2 は、検

察官は起訴前手続において、「行為の法的効果を決定するために重要な」事情 (§ 160 III 1) を捜査するために、裁判所の共助を使用することができると定めている。同様に、任意的であるが、§ 463d は、その都度権限のある執行機関が「§ § 453 ないし 461 に従って適切な裁判所の共助の決定を準備することに資する」ことができるようにと命じている。これら二つの場合、裁判所の共助は、捜査的および諮問的機能を持っている。

5. Der Ermittlungsrichter im Vorverfahren (起訴前手続における捜査裁判官)

問 42. 窃盗事案で捜査を指揮していた検察官が、それ以後の手続にとって重要な点についての真実の供述を得るために必要であるとして、証人 Z を宣誓の上で尋問したいと思った。実行することができるのか？

【答】原則的に、はい。検察官は、しかし、自ら宣誓させることは許されない (§ 161a I 3)。彼は、捜査裁判官に依頼し (§ 162 I 1)、宣誓させるよう申立てなければならない。2004 年 7 月 1 日の第一次司法近代化法以来、起訴前手続における証人の宣誓は、もちろん、遅滞の危険、あるいは、証人の公判への出頭が妨げられることが予測されるような場合に限ってではあるが、許されている。それに加えて、裁判所は、自己の裁量によって、特に、真実の供述を得るのにどうしても必要であると考えられる場合には、自己の裁量によって宣誓させなければならない (§ 62, 59 I)。

問 43. 貴方は、起訴前手続で、検察官が一定の措置を自ら採ることが許されないために、捜査裁判官が介入してくる必要がある、その他の場合を知っているか？

【答】予防的な裁判官による法的監督の事例は、稀ではない。そのような場合として、特に、裁判官のみが勾留 (§ 114)、仮収容 (§ 126a II) および運転免許証の仮剥奪 (§ 111a) を命ずることができるのである。検察庁は、この場合には、申立を行う地位に限定されているのである。他の多

くの強制処分(例えば、§ § 81a, 81c, 98, 98b, 100b, 100f, 100h, 105, 110b II, 111, 111b, 111n, 163d, 163e, 443 参照)は、基本的には、同様に、裁判官に留保されている。検察庁と、大部分の、その捜査員は、遅滞の危険のある場合に限って、または、さもなければ審理の目的を危殆化してしまう恐れがあるような場合に限って、自ら行うことが許されているのである(この点については、Nr. 32, 36, 同様に以下の Nr. 136 参照)。

問 44. 誰が捜査裁判官としての管轄を持っているのか？

【答】原則として、検察官によって申立てられた行為が行われるべき地区の区裁判所の裁判官である (§ 162 I 1)。高等裁判所が一審の管轄を持つような場合にのみ、連邦通常裁判所あるいは高等裁判所の特別の捜査裁判官が活動する (§ 169)。

問 45. 検察官が裁判官による、証人の尋問(宣誓を考慮する必要がないのにもかかわらず)あるいは被疑者の尋問を申立てた。彼は、それによって何をしたいと考えているのだろうか？ 捜査裁判官は尋問を行わなければならないのであろうか、あるいは、彼は尋問を、検察官が証人又は被疑者を私的に尋問した方がより望ましいと思われるとの理由で、拒否することができるのであろうか？

【答】大抵の場合、そのような申立の背後には証拠保全の希望がある。裁判官の尋問調書は、つまり、公判において、最も証明力の高い証拠方法として利用されうる (§ § 251, 254)。そのような尋問は無条件的に許されるために、捜査裁判官はそれを行わなければならない。§ 162 III によれば、彼は、申立てられた行為の法的許容性のみを審査することが許されるのであって、申立てられた処分の合目的性をも審査することは許されないのである。裁判官を検察庁の申立に拘束することには、判決言渡し権の独立性に対する侵害は存在しない(Art. 97 GG)。というのは、捜査裁判官は、その限りで、一予防的な法的監督の場合とは異なって—ここでは裁判の領域にではなく、検察庁のための官庁上の職務共助として活動しているからである(BVerfGE 31, 43)。

問 46. 検察官によって申立てられた裁判官による尋問の際に、捜査裁判官は、証拠目的のための差押え (§ 94) が緊急に必要であるということを確認した。彼は、検察庁の申立てがない場合にも、自ら命令することが許されるのか？

【答】はい。§ 165 条によれば、区裁判所裁判官は、「緊急検察」として、遅滞の危険がある場合には、職務として、必要な検査行為を行わなければならない。この種の他の事案は、警察が § 163 に基づく「最初のアクセス」の際に、裁判官による検査行為の「緊急の実行」の必要性を認識し、事象の経過を検察庁にではなく(しかし、可能な限り情報が伝えられるべきである)、直接に捜査裁判官に送付したというような場合である (§ 162 II 2)。この裁判官は、検察官のように中立で、それ故、責任の負担を軽減するように活動するべきである (§ 166) ので、このようにして捜査手続の指揮を持ち続けることになるような「さらなる処分」を検察庁に委ねなければならない (§ 167)。

問 47. 以上をまとめてみよう！すなわち、事前手続への捜査裁判官の介入を必要にするような、主たる三つの任務とは何なのか？

【答】 a) それは、検察官が意のままにすることのできない(強制—)処分を命ずるために必要である (Nr. 42, 43)。

b) 検察官自身も行うことのできる、裁判官による検査行為は、さらに、証拠保全目的のために要請されているのである (Nr. 45)。

c) 緊急の場合、捜査裁判官が一時的に検察官に代わって活動することができる (Nr. 46)。

6. Verteidiger und Beistände (弁護人および補佐人)

問 48. X 女に対する、交通犯罪を理由にした捜査が行われる。

a) 彼女は、自身の弁護人を選任できるのか？

【答】 § 138 によれば、弁護人として、ドイツの裁判所で活動の許された

弁護士、同様に、ドイツの大学の、裁判官資格を持った法学者(単科大学の教員も、BGHSt 48, 350)が選ばれうる。

b) この弁護人は、捜査手続の段階から活動できるか？

【答】§ 137 I 1によれば、被疑者は、手続のすべての段階で弁護人の補佐を受けることができる。

c) 弁護は、刑事訴訟上で、何に貢献するのか？

【答】弁護人の補佐は、被疑者と、特別の知識と権力手段を持った刑事訴訟官庁との間の「武器対等」を確立すべきである。弁護人は、裁判所を彼の依頼人の不利益になるような瑕疵ある裁判から守るという任務と、手続保障の遵守を顧慮するという任務を持っている(BGHSt 46, 53, 55)。VerfGE 110, 226, 252 f. と BGHSt 46, 53, 54によれば、有効な弁護の可能性は、法治国家の刑事手続の必然的な構成要素であるとされる。その可能性は、§ 137 I と Art. 6 III lit. c EMRK によってその時々法律によって、そして法治国家原理とそこから導かれた、公正な手続の保障と関連して Art. 2 I GG によって憲法上で保障されている。

問 49. 任務を自分たちで分配するために、複数の弁護人を選任することが許されるのか？

【答】はい。しかし、三人を超えてはならない (§ 137 I 2)。そうすることで、被告人から、多くの弁護人に委任することによって増える新たな申立ておよび陳述が刑事手続を妨害する可能性を、奪うべきである。BVerfGE 39, 156によれば、§ 137 I 2は憲法違反ではない。

問 50. a) C と D は、襲撃強盗の共同行為者として、一つの刑事訴訟において、一緒に起訴された。そして、彼等は、共通の弁護人を選任したいと思った。それは可能なのであろうか？

【答】いいえ。§ 146 S. 1 は、同一の行為についての多数の被疑者・被告人を一人の弁護人によって弁護することを禁止している。立法者は、この

場合、弁護人は、ある被告人の免責が、場合によっては、他の被告人の負担を可能にしてしまうために、事情によっては利益相克に陥ってしまうかもしれない、との考えから出発している。

b) C と D が一つの共同事務所に所属する弁護士 X と Y によって、ひとりの弁護士が一人の依頼者を担当するという方法で、弁護されたいと望んだ場合、それは許されるのであろうか？

【答】それは可能である。というのは、§ 146 の文言が一人の「弁護人」と表示しているからである。この概念は、一義的に、人に関係づけられているのであって、共同法律事務所の全体ではないからである (BVerfGE 43, 79; 45, 272, 295 ff.)。

c) X は、C と、同じ犯罪の共同行為者として他の手続で起訴されている E とを同時に弁護したいと考えた。それは、可能なのであろうか？

【答】いいえ。§ 146 S.1 で述べられている、同時弁護の禁止は、同一の行為の被疑者・被告人が一つの刑事手続で責任を取らなければならないか、あるいは、複数の刑事手続でかを区別していないのである。

d) 裁判所は、審理している襲撃強盗を、§ 237 に従って、他の、彼に係属している刑事事件と併合した。X は、C と同時に、他の事件で起訴されている F を弁護することはできるのか？

【答】これは、§ 146 S. 2 によって、明示的に禁止されている。

問 51. a) X に対する強姦の捜査手続が進行中である。彼は、弁護人を選任できるという権利を行使していない。それにもかかわらず、弁護人を付することができるのか、あるいは、ねばならないのか？

【答】重罪が問題になっているので (§ § 177 II Nr. 2, 12 I StGB)、必要的弁護事件が存在している (§ 140 I Nr. 2)。それ故に、X には国選弁護人が付されなければならない。遅くとも、中間手続での起訴状の陳述の推告までには付されていなければならない (§ § 141 I, 201)。弁護人は、

しかも、既に起訴前手続の段階で (§ 141 III 1)、ありうるかもしれない公判について管轄権を有する裁判所の裁判長によって選任されるのである (§ 141 IV, 142)。

個別的な事案(例えば、§ 140 I Nr. 6: 精神病院における観察)でも、起訴前手続の段階での国選弁護人の選任は、しかも、義務的である。

b) 娘 T に対する性的虐待に対する捜査手続で、弁護人を選任していない被疑者は、§ 168c III によって、捜査裁判官による T、彼の妻、および、T の姉に対する尋問から排除され、§ 168c V 2 によって期日の通知がなされなかった。この手続は正しいのか？

【答】BGHSt 46, 93 の見解に従えば、このようなやり方は、Art. 6 III lit. d EMRK によって保障されている被疑者・被告人の権利、すなわち、有責事実証人に発問をするか、あるいは、させるかの権利を侵害している。BGH は、§ 168c III, V 2 による尋問からの排除、および、期日の非通知を、適法としている。しかし、他面で、§ 141 III 2 は、検察庁に、弁護人との協働がどうしても必要であると認識可能である場合には即座に、弁護人の選任を申立てる義務を課しているのである。この規範を慣習に一致するように解釈するならば、BGHSt 46, 93, 97 ff. は、発問権の許容された制限から生じる「被疑者・被告人の「ハンディキャップ」が弁護人の選任によって調整されることを要求していることになる(さらに、BGHSt 47, 172, 175 ff.; 47, 233, 235 ff. を読め！)。

問 52. a) 選任の方法は度外視するとして、私選弁護人と国選弁護人との間に区別はあるのか？

【答】弁護権の行使という点に関しては、区別はない。けれども、国選弁護人には弁護士、あるいは、第一審の若干の場合には司法修習生のみの選任が許されるのである (§ 142 I 1, II)。国選弁護人は、私選弁護人とは違って、原則的に拒否権を持っていない(例外：§ § 49, 48 II BRAO による重大な理由がある場合の免除)。また、被疑者・被告人は、国選弁護人を拒否できない。けれども、彼には指名の機会が与えられるべきで

あるために、弁護士を指名した場合、重大な理由が反対しなければ、この弁護士が選任される (§ 142 I 2, 3)。その他の場合には、裁判長は、可能であれば裁判所の管轄区域で認められている弁護士を選任すべきである (§ 142 I 1)。けれども、特別な信頼関係が存在しているような場合には、申立によって、その区域に居住していない国選弁護士が選任されるべきである (BGHSt 43, 153; OLG Hamm StraFo 02, 397, 398)。また、被疑者・被告人は、私選弁護士を後になって任命し、国選弁護人の選任を取消すこともできる (§ 143)。

b) 国選弁護士と必要的弁護人は同じなのか？

【答】いいえ。確かにすべての国選弁護士は必要的弁護人として活動するが、逆に、必要的弁護人は国選弁護士である必要はない。というのは、被疑者・被告人は、必要的弁護事件で彼の弁護士を選任することができるからである。

c) どのような前提条件の下で、司法修習生は、弁護人として行動しうるのか？ また、上級公務員採用候補者に弁護をゆだねることができるのか？

【答】国選弁護士として選任されるためには、司法修習生は、最低 15 ヶ月の予備的職務に就いていなければならない (§ 142 II)、彼を教育している裁判所で弁護活動することは許されない。それに対して、司法修習生が弁護士の一般的代理人として選任される場合には (§ 53 IV BRAO)、既に 12 ヶ月後には私選弁護士あるいは国選弁護士として活動することが許される (BGH NJW 75, 2351)。他方、上級公務員採用候補者に弁護を委ねることはできない。§ 139 は、そのような拡張解釈を許さない (BGHSt 26, 319; BGH StV 92, 99)。

問 53. a) 刑事訴訟法が弁護の必要性をどのように規定しているかについて説明できるか？

【答】§ 140 I は、弁護が強制的に必要的と看做される、7つの事例の態様を挙げている。§ 140 II は、このカタログに一般条項を付け加えてい

る。それに従えば、裁判長は、次のような場合には一申立あるいは職権により一弁護人のいない被疑者・被告人に弁護人を選任しなければならない。すなわち、「行為の重大さ、あるいは、事案の状況あるいは法律状態の困難性のために、弁護人との協働が要請されていると思われるか、被疑者・被告人が自らを弁護できないことが明白であるような場合に」である。

b) § 140 II は、どのような審理に対して意味を有しているのか？

【答】LG あるいは OLG が第一審として機能するすべての場合、あるいは、被疑者・被告人に重罪の責任が負われるすべての場合には、いずれにしる、弁護人が選任されなければならないのであるから（§ 140 I Nr.1, 2）、§ 140 II には、控訴裁判所、並びに、上告の審理として AG と LG に係属する軽罪事案のみが残されることになる（この点については、BGHSt 19, 258, 259）。

c) 上告手続に必要な弁護はあるのか？

【答】§ 140 I は、事実審には適用されるが、上告の審理には適用できない（BGHSt 19, 258, 259）。けれども、そこでも、弁護は、§ 140 II によれば、必要的である。それは、とりわけ、法律状態が難しいものとなっており、それ故、特に付き添わされた弁護人との法的対話のなされることが適切であるような場合に問題になる（BGHSt 19, 258）。さらには、「重大な場合」に国選弁護人の選任が要請されている（BVerfGE 46, 202）。また、Art. 6 III c EMRK も、国選弁護人の付添を必要であるとしている（EGMR NStZ 83, 373）。

d) 複数の国選弁護人を選任することができるのか？

【答】特に困難で、広範囲にわたる事案の場合には、このことは、一時的に弁護人が阻止されているような事案についても審理の進行を確実にするために、むしろ、要請されている（OLG Frankfurt StV 93, 348）。

問 54. 弁護士 V は、故殺で訴えられている被告人に、これに正当防衛で応訴すれば、それを論駁することはほぼできないからという理由で、間違っていると判っていながら、正当防衛を主張するようにアドバイスした。これは許されるのか？

【答】いいえ。その大変重要な理由は、弁護人の訴訟上の地位にある。彼は、被疑者・被告人の「補佐人」(§ 137 I)で、一例外的な場合 (§ § 145a, 234, 350 II, 387 I, 411 II)を除けば一彼の代理人ではない(BGHSt 38, 111, 114; 39, 310, 313)。彼は、弁護士として「司法の独立した機関」である (§ 1 BRAO)。それ故、弁護士は、検察庁や裁判所のように、真実と正義に義務づけられているのである。もちろん、彼が被疑者・被告人に有利に証言する事情のみを主張するべきであり、彼等に認められている訴訟上の権利を擁護しなければならないという本質的な区別はあるが。それ故、彼は、国家の司法機関を意識的に誤導してはならないのであり、また、彼は、それを否定している被疑者・被告人が正犯であることを知った場合にも、そのことを裁判所あるいは検察庁に打ち明けることも許されないのである。

弁護人の訴訟上の地位は、それによれば、三つの義務によって特徴づけられる。代弁義務、真実義務および守秘義務がそれであり、これらはその都度一体とならなければならない義務でもある。弁護士は、嘘をついたり、あるいは、刑を無効にする行為を犯す (§ 258 StGB!)ことなく代弁しなければならず、他方で、どのような場合であろうとも彼の守秘義務を破ってはならないのである (§ 203 StGB!)。訴訟上許された弁護人の行為は、それが被告人の処罰を免れるようなものであっても、§ 258 StGB の構成要件を当然のこと充足することはないのである (BGHSt 46, 53, 54)。

問 55. 弁護士 V は、依頼人に次のような助言をした。すなわち、

a) 否認は不可罰であること、判例によれば、禁止の錯誤は、場合によっては、不可罰になりうること、さらに、学問的に主張されている、ある解釈は依頼人に有利であることを助言した。

b) さらに、Vの見解によれば、今までの捜査結果は、起訴、手続開始あるいは有罪には十分ではないと助言した。

このような行為に対しては異議が唱えられるべきなのか？

【答】いいえ。法律知識の仲介は、たとえ被疑者・被告人がその助けを借りて刑罰を免れるかもしれないとしても、弁護人には禁じられていない。事実の捜査に対する客観的な評価も、弁護人には常に許されている。事実状態および法律状態について依頼者に完全に教授することは、むしろ、弁護人の任務である。ただ、彼によって与えられた助言が、真実に反する訴訟行為を勧めるものであることは許されない。もちろん、依頼人が真実に反することを言うかも知れない、その場合、弁護人は、間違っている主張を彼の確信であると称することなどしないで、自らは正しい知識を保持しなければならない。

問 56. a) 多種類の性的過誤を理由にした、X に対する捜索手続の進行中に、弁護人 V は、X の親戚の者を訪問し、彼等の証言がなければ X は有罪にはならないであろうと教え、X に有利になるように証言拒否権を行使するようにと頼んだ。V にはそうすることが許されているのか？

【答】はい。証言拒否は、法律によって予定された場合には、証人の訴訟上の権利である。この権利を行使するように、弁護人も、第三者と同じように、証人に頼むことが許されている。刑罰を免れる罪の可罰的未遂の場合は、V が証人の自由な意思決定に、欺罔、脅迫、贈賄など、許されない方法で、影響を与えた場合のみである（BGHSt 10, 393）。

b) § 129a StGB の訴訟で、弁護人 V は、彼の依頼人に捜査記録の抜粋を手渡し、テロ集団の目的を支持するとの内容の依頼人の訴訟宣言を配布した。彼は、それによってテロ集団を援助したとの理由で、§ 129a StGB によって処罰されるのか？

【答】いいえ。記録の伝達は、許されている（Nr. 65c）。その場合、「許された弁護人の行為は犯罪あるいはテロ集団の違法な援助ではない。」（BGHSt 29, 99）が、弁護人がテロ集団を主観的に援助したいと望んでい

る場合には、事情が異なる(異なった見解は、BGHSt 29, 99, 106 f.)と主張されている。BGH によってなされた制限は、ある—おまけにほぼ証明することの不可能な—心情の処罰になってしまう。テロ行為を理由に起訴された依頼人の、不処罰の訴訟宣言の配布も、犯罪集団の援助としては処罰されない(BGHSt 31, 16)。

問 57. 弁護士 V は、起訴前手続で被疑者・被告人の精神状態を検査するようにと申立てた (§ 81)。被疑者・被告人は、正常であると考えていたし、精神病院で観察されたくはないとして、それに反対した。申立は有効であるのか？

【答】はい。弁護士は、依頼人に有利になる、真実発見のために本質的なことのすべてを主張しなければならない。それには、依頼人の刑法上の答責性を否定するような事情も含まれている。被疑者・被告人の異議は、弁護士が彼の「代理人」として完全に依頼人の指図に依存していると思われるような場合には、尊重されようか(弁護士の地位についての Nr. 54 参照)。もちろん、V の独立性は、法律の例外によって制限されている。例えば、法的手段の提起あるいは取下げ (§ § 297, 302 II)。さらに、彼の代弁者としての任務から、弁護士は被疑者・被告人の明示あるいは黙示の同意がある場合にのみ弁護の可能性を放棄することができるとの結論が導かれる。

問 58. B は、弁護士として、弁護士 X を選任した。後者は、すぐに、未決勾留状態にある依頼人の秘密の情報(所謂秘密通信)を秘かに持ち出し、そうすることで(少なくとも未遂の)刑罰を免れる罪を有責に実行したという濃厚な嫌疑をかけられた。

a) 弁護士としての X は、排除されるのか？

【答】はい。§ § 138a/b は、一定の、法律によって限定列挙的に記述された状況の場合に、弁護士を排除すると規定している。§ 138a I Nr. 3 によれば、例えば、弁護士が「被疑者・被告人が有罪に処せられる場合について、犯人庇護、刑罰免脱あるいは犯人庇護に当たると思われるような

行為をした」との嫌疑が濃厚な場合に適用される。

b) X に対する犯罪の十分な嫌疑が存在しさえすれば、できるのか？

【答】 § 138a の文言によれば、すでに、十分な行為の嫌疑（「公判の開始を正当化する程度に嫌疑がある」、§ 203 参照；下記 Nr. 203b）でもよいとされている。BGHSt 36, 133 は、それを援用しながら、弁護人の排除には捜査手続の開始すらも要求していない（同様なのは、BGH StV 96, 470）。しかし、それは、このような方法によって望ましくない弁護人を証明されていない推定に基づいて手続から遠ざけることができるために、大いに疑問である。それ故、十分な行為の嫌疑が弁護人を排除する結果になるのは、彼に対して捜査手続を開始し、起訴相当にまで熟した場合のみであるとした以前の判例が優先されるべきである。

c) 誰がこの排除に対して管轄を有しているのか？

【答】 OLG (§ 138c I 1)。

d) それに対しては、どのような法的手段があるのか？

【答】 排除に対して、弁護人は、即時抗告を行使することができる。他方、排除の却下は取消しえない (§ 138d VI)。

問 59. a) テロ集団 (§ 129a StGB) の構成員である C と D は、共同被告人として一つの訴訟で起訴された。弁護士として C を弁護する X は、§ 138a I によって弁護から排除されたので、D を弁護したいと思った。彼はそうすることができるのか？

【答】 いいえ。§ 138a V 1 HS. 1 によれば、§ 138a I によって排除された弁護人は、同一の手続で、他の被告人を弁護することも許されない。

b) X は、§ 138a II によって C の弁護から排除されたので、他の手続で起訴された、C と D と同じテロ集団に属する E を弁護したいと思った。それは可能であるのか？

【答】いいえ。§ 138a V 1 HS. 2 によれば、§ 138a II (§ 129a StGB に対する犯罪)によって排除された X は、他の被告人を、§ 129a StGB に該当する犯罪を対象とする他の手続で弁護することはできない。

c) 弁護士 A は、B と一緒に起訴された。A は、自身起訴されているにもかかわらず、B の弁護人として活動したいと思った。それは許されるのか？

【答】いいえ。BGH StV 96, 469。そのような場合は、§ § 138a ff. には規定されていないけれども、BGH は、弁護人の地位と被告人の役割とは一致しえないために、§ § 138a ff. による排除手続がここで貫徹される必要もないと考えている。

問 60. 弁護士 X は、§ 141 I によって、被疑者・被告人 B の国選弁護人として選任された。X が B に対して非難が加えられている犯罪に関与しているという嫌疑が濃厚になるような事実が認識された時、裁判長は、§ 143 によって選任を取消そうと思った。彼はそれをする事ができるのか、それとも、§ § 138a ff. に従って排除手続を開始すべきであるのか？

【答】BGHSt 42, 94 によれば、§ § 138a ff. は、国選弁護人についても適用されるべきである。ここでの問いは、以前は、大変争われていた。正当にも、現在では、BGH は、国選弁護人に対する、犯罪への関与あるいはその他の、排除を正当化する行為の法的な結論を私選弁護人と異なって取扱う理由は存在しないと判決している。支配的見解によれば、§ § 138a ff. は、特別規定として § 143 に優先するとされている (Meyer-Goßner, § 138a Rn. 3 には広範な紹介がある)。また、BGH は問題を未解決のままにしているとも。

問 61. a) B は、弁護人として弁護士 Y を選任した。裁判所は、B の政治的同志である Y が早期の辞任によって、場合によっては、手続の反復を強要するのを防ぐために、その他に、Z を国選弁護人として追加的に選任した。B の意思に反する、そのような第二の弁護士の選任は、許されるのか？

【答】判例(BGHSt 15, 306; それに賛成する BVerfGE 66, 313, 321)は、§ 145 I の法思想を援用して、さもなければ手続の秩序ある進行が保障されない場合には、私選弁護人に加えて国選弁護人を追加的に選任することが許されるとしている。実際、長期間を要する訴訟が、私選弁護人が訴訟の終結間近になって辞任し、その時に選任されるべき国選弁護人が準備されていないという理由のみによって結審できないというのは許されないであろう。他方、現在の実務は、§ 143 の文言とおおよそ調和することはできない(そのような「弁護の担保」に詳しいのは、SK/Wohlers, Vor § 137 Rn. 45 f.)。

b) 当該公判期日のための国選弁護人が阻止された場合を考えて、他の国選弁護人を選任することは許されるのか？

【答】簡単にはできない(BGH StV 92, 53)。公正な手続の原則は、最初の弁護人のみが被告人の信頼を享受しているような場合には、最初の弁護人と調整して、他の期日を決定できるように真摯に努力することを命じている。

問 62. B の弁護人 V は、彼の依頼人の無罪のために、独自の捜査を行おうと思った。彼は、犯行現場を検証し、痕跡を嗅ぎ回わり、鑑定書を作成させ、私立探偵にさらなる無罪の証拠を探すように依頼し、証人に犯行についての知識について質問した。これらすべては、許されるのか？

【答】はい。弁護人は、彼の代弁義務を充たすために必要な事実資料を入手することを妨げられない(けれども、StPO は、その際に、強制手段を使用することを許してはいない)。V は、刑事訴追機関による真実追及を阻害しないようにだけは注意しなければならない(証人に影響を与えること、あるいは、痕跡をくramsすることによって)。そのような阻害行為は、場合によっては、刑罰免脱罪を意味することさえある。

問 63. 弁護人 V は、主有責事実証人 Z の検察庁による取調べの際に、質問し、即座に異議を申立てることができるようにと、立会いを望んだ。

彼は、その権利を持っているのか？

【答】いいえ。起訴前手続は、それが検察官の支配下にある限り、基本的に、秘密である。弁護人は、検察庁による捜査行為に関与する権利を持っていない。一つの例外は、被疑者・被告人の取調べに関してのみである (§ § 163a III 2 i.V.m. 168c, I, V)。彼は、特に、検察官による証人の取調べの際にも立会いの権利を持っていない(しかし、裁判官による取調べの場合は事情は異なる。§ 168c II 参照)。このことは、被告人の身元確認に資する、彼に対する対質についても妥当する。しかしながら、このようなことは、司法の機関としての彼の地位にとってふさわしいものではないと同時に、それによって彼から、その場で不正を正すという可能性を奪うという限りにおいて、満足がいくものでもない。その可能性は、後になれば、証人は、大概、公判の最初に登場してくるのであるから、益々困難になってしまう。ともかく、検察庁と警察に、弁護人に立会いを許すという権利を認めても良いのではなかろうか。

問 64. a) 起訴前手続で、証人 Z と被疑者・被告人 B は、裁判官によって取調べられ、裁判官によって検証が実施されなければならない。B の弁護人は、このような裁判官による検査行為の際に立会うことが許されるのか？そして、B と検察庁の立会権はどうであろうか？

【答】被疑者・被告人、その弁護士および検察庁は、裁判官による証人と鑑定人の取調べの際には、§ 168c II によって、裁判官による検証の実施の際には、§ 168d I によって、立会権を持つ。もちろん、被疑者・被告人は、例外的に、彼の立会が検査の目的を害するかもしれないような場合には、排除されることもある (§ § 168c III, 168d I 2; さらに、§ 168c IV, V 参照)。同様に、裁判官による被疑者・被告人の取調べの際には、検察庁と弁護人には、§ 168c I によって立会が許される。

b) 刑事警察による取調べの際に、B の妻は、別れた夫に重い責任を負わせるような供述をした。その際、彼女は、B のかなりひどい報復を恐れていると、また、弁護人 V に、B に有利な供述をするように頼まれたと、

さらには、Vは、彼女が警察に対してどのように振舞うべきかを教えたので、自分のところへ来てくれるようにと頼んだとはっきり述べた。捜査裁判官による女性証人の取調べの際にBとVへの通知が、§ 168c V 2を援用して、なされなかった。これは許されるのか？

【答】BGHSt 29, 1（同様に、BGHSt 32, 115, 129 f.の刑事事件に対する大法廷判決；BGH NStZ 1999, 417）によれば、はい。けれども、このような解釈は、法律の意味が、通知に伴う時間的な遅滞によって、証拠獲得の危険化を来すかもしれないような場合のみを把握しているにすぎないのであるから、拒否されるべきである（基本的なのは、Welp, JZ 1980, 134ff.; さらに、詳しい文献紹介のあるLK/Rieß, § 168c Rn. 44を見よ）。この主張を証明するのは、また、BGHSt 29, 5によって際立たされた、§ 168c V 2は、確かに通知義務を制限しているが、立会権をではないという事実である。Bに関しては、もちろん、§ 168c IIIが考慮されなければならない。

c) 裁判官は、被疑者・被告人に証人取調べの期日について通知させることを忘れた。後の公判で、この証人の供述を使用することができるのか？

【答】いいえ、BGHSt 26, 332。裁判官が被疑者・被告人に事前に通知する義務に違反した場合には（§ 168c V）、得られた証拠結果は、被疑者・被告人は法律上の聴聞を受ける権利が侵害されたのであるから、使用不可能である。それなのに、BGHSt 34, 231は、BGHSt 31, 140とは異なり、§ 168c Vに違反する裁判官による取調べから生ずる非難を許そうとしているが、それによって証人の供述が、再び、回り道をして使用されてしまうために、従うことはできない。同様のことは、被疑者・被告人の取調べの際に、弁護人に通知されなかったという場合にも、妥当する（BGH NStZ 89, 282）。

問 65. 証人の取調べに関与することが許されなかった弁護人は、そこで、

a) 検察庁の捜査記録を閲覧し、

【答】 § 147 I によって、弁護人は、基本的に、捜査の終了前であっても記録閲覧権を持っている(刑罰登録簿抄本を含むとする BVerfGE 62, 338、そして、未決勾留についての書面については、BGHSt37, 204)。閲覧を彼に禁止することが、むしろ、それが検査の目的を危殆化しうるような場合には、許される (§ 147 II)。このような場合とは、例えば、記録が、被疑者・被告人が予期していない場合にのみ有効に作用しうるような訴追措置がとられることを明らかにしている場合である(拘留状、差押等の請求)。

未決勾留で収容されている被疑者・被告人の場合、EGMR は、その Art. 5 IV から、裁判所の勾留決定の取消しにとって意味のある記録の構成部分に対しては無制限の閲覧を許すという弁護権を導いている(EGMR NJW 02, 2013, 2015, 2018)。

拒絶の取消しを規定しているのは、StVÄG 1999 によって導入された § 147 V 2 である。それに従えば、特に、被疑者・被告人が拘禁されている場合には、§ 161a III 2 - 4 に準拠しつつ、すなわち、原則的には LG によって申立てられるのである。§ 147 V 2 から、把握されていない形態のために逆の帰結が導かれなければならないのかは、争われている(SK/Wohlers, § 147 Rn. 112)。

b) それを自宅に持ち帰り、

【答】弁護人は、記録を持ち出すことができるが、「重要な理由がそれに反対していない限り」である(例えば、捜査活動の進展にとって不可欠であるなど)。拒絶に対しては、この場合、不服を申立てることはできない (§ 147 IV)。

c) それを被疑者・被告人に示し、彼と検討したいと思った。それは、許されるのか？

【答】弁護人は、被疑者・被告人に記録を手渡す権限を与えられていない(根拠は、§ 147 VII; 以下の d を見よ)。どの程度弁護人が被疑者・被告人にその内容を知らせることが許されているのかは、争われている。賛

同を得ているのは、弁護人は被疑者・被告人に（また、例えば、コピーされた記録の抄本の手渡しによって）進行中の手続と関連があるのは何か、事実在即した弁護のために必要なのは何かを知らせることは許されるとの見解である。というのは、さもなければ、弁護人は、被疑者・被告人も読んでいる、裁判所に宛てた書面の中にもあるような、そのような事情を使用することができなくなってしまうであろうからである。

d) 弁護人の付されていない被疑者・被告人は、記録閲覧権を持っているのか？

【答】弁護人のいない被告人の場合、原則として、記録閲覧権を持っていない。2000年に導入された § 147 VIIによれば、検査の目的が危殆化されない限度で、そして、第三者の保護されるべき利益が対立しない限りで、記録からの情報とその複写とを被告人に与えることはできる。拒絶に対しては、再び、§ 147 V 2（上記 a を見よ）によることになるが、しかし、ここでは、裁量行為の無瑕疵性に係る裁判所の決定を申立てることができるにすぎない。

問 66. 弁護人は、検察庁の捜査記録にまとめられていないで、警察に残置されているか、返却されたか、あるいは、さもなければ、検察庁によって重要ではないと考えられたか、そのような（警察によって添付された）痕跡記録を閲覧する権利も持っているのか？

【答】しばしば、大変範囲の広い資料（例えば、全住民の指摘のすべて、および、その編纂物）を含んでいる痕跡記録は、§ 147 によって、検察庁の捜査記録にまとめられている限りで、完全な閲覧権に服している。それ以外は、捜査記録の構成部分ではない（異説は、実質的なあるいは機能的な記録概念の主張者である。この点については、SK/Wohlers, § 147 Rn. 27 f., 37 f. を見よ）、このように考えれば、それらをも加えるべきであるとする弁護人の申立は、§ 244 II（解明義務の範囲にある）によって、証拠捜査請求として取扱われるべきである（BGHSt 30, 131, 142 f.）。けれども、BVerfGE 63, 45 によれば、弁護人は、痕跡記録を直接に警察で、場

合によっては、検察庁で閲覧することが許され、そして、この権利の行使を § 23 EGGVG によって強制しうるとされる。(OLG Hamm NStZ 84, 423)。弁護人がこの権利を請求した場合には、公判は、場合によっては、中断するか、あるいは、停止しなければならない。

問 67. a) 検察庁は、C を、詐欺容疑で捜査している。詐欺的行為によって侵害された D は、C に対する民法上の損害賠償訴訟を提起しようと思い、犯罪事実についての詳しい情報を得るために、刑事裁判所の記録を手に入れようとした。それは可能なのであろうか？

【答】はい。§ 406e は、犯罪行為の被害者に、明示的に、記録閲覧権を認めている。彼の正当な情報の必要性に譲歩した結果である。完全に無制限な閲覧権は、しかし、他の保護に価する利益(他人の、真実発見の、手続の経済性の)と衝突するかもしれないのであるから、閲覧は、弁護士によってのみ、また、原則として、正当な利益の説明がある場合にのみ可能である (§ 406e I) のであり、事情によっては、むしろ、拒否されうるのである (§ 406e II)。

b) 長い間 C と商売上の繋がりがあった E は、彼の弁護士の助けを借りて、同様に、この方法で、いまだ清算されていない C との商取引から生じた請求権の実行を容易にできるような情報を得るために、記録の閲覧をしようと思った。閲覧は認められるのか？

【答】手続に関与していない第三者による記録の閲覧は、StVÄG 1999 によって導入された § 475 によって規定されている。それによれば、私人は、弁護士によってのみ刑事記録からの情報を与えられる、事情によっては、記録閲覧を認められるとされている。ただし、弁護士が正当な利益を説明し、当事者の保護に価する利益に反しない限りであるが。情報は、私人に対しても、Abs. 4 によれば、同様の利益状況の下であれば直接に与えられる。記録の閲覧は、情報の提供が不釣り合いな費用を要求することになるか、あるいは、利益擁護にとって不十分であるような場合にのみ、許されるのである。概念の広がり「法的な」利益に代わって「正

当な」利益となったとはいえ（SK/WeBlau, § Rn. 16, 18 を見よ）、いまだこの概念には、疑問の余地が残されている。

問 68. a) A は、複数の住居侵入窃盗で、未決勾留状態にある。彼の弁護人 V は、留置場で話をし、彼に手紙を書こうと思った。その際、この弁護人は、会話は二人だけで行われ、文書の交換は管理されないという点に重きを置いた。彼の望みは満たされなければならないのか？

【答】はい。§ 148 は、被疑者・被告人と弁護人の間の「文書上および口頭上での交通」に対する一切の制限を禁じている。このことは、準備的会話についても妥当する。

b) V には、司法行政施設に入場する際に、武器のための身体検査が義務づけられている。彼は、それを甘受しなければならないのか？

【答】§ 148 I によれば、弁護がその本来の意味で係ることのできるような事柄（例えば、持参した資料の閲覧）に対するコントロールのみは、除外されている。これに対して、弁護自体を侵害しないし、それ故、弁護士が、他の施設訪問者同様に甘受しなければならないような、武器あるいは脱出用の道具のための身体検査は、事情が異なる。BVerfGE 38, 26 参照；未決拘禁者に類推適用される §§ 24 III, 26 StVollzG；それに対しては、§ 23 ff. EGGVG による法的手段が与えられている（BGHSt 29, 33）。

問 69. a) この規則は、被疑者・被告人がテロ集団に属しているとの嫌疑がある場合（§ § 129a/b StGB）にも、妥当するのか？

【答】いいえ。§ 148 II 1, 2 によれば、テロリストと推定されている者と彼の弁護人との間の文書のやり取りは、それが § 129a StGB の規定の対象になっていない内容のものであっても、手続中であって監視されるのである。そのような被疑者・被告人と彼の弁護人との間の会話には、例えば、共謀による書類あるいは他の対象物の受渡しを排除する「隔離版」のような装置が予定されている。また、弁護人の郵便物の差押は、

そのような場合には、§ 148a I 2 によって許されている (BGH NSTz 90, 93)。けれども、弁護人との交通は、裁判官の命令によってのみ制限される。この命令は、§ § 129a/b StGB の犯罪行為の差迫った嫌疑を前提としている (BGHSt 36, 205)。

b) X は、誘拐された。行為者は、テロ集団の一定の所属員の拘禁を解き、彼等が選択した国へ送致されなければ、彼を謀殺すると脅した。その結果、ある連邦州の司法大臣は、彼の部下である司法行刑施設長に、テロによる暴力行為に関与したとの嫌疑で収容されている未決拘禁者の弁護人が拘禁されている依頼人を訪問することを許さないようにとの指示を出した。そうすることで、拘禁されているテロ集団の構成員と X の誘拐者との間の接触の確立、および、被拘禁者相互間の接触の確立を阻止しようとした。これは、許されるのか？

【答】はい。§ § 31 - 36 EGGVG は、一定の留保の下で、そのような接触禁止を許している。それによれば、州政府、例えば、州政府によって定められた州の機関、あるいは、連邦司法大臣によって、テロ集団による切迫した現在の、129a StGB の意味での犯罪行為に組み込まれている被拘禁者に対して人の身体、生命、あるいは、自由に対する危険を防衛するために必要であることが確認された場合には、「被拘禁者の重層的な」結合、「弁護人との文書および口頭による交通を含んだ外界との」結合が州の司法機関によって遮断されうるのである (「RAF」と自称していた組織による工場主 Hanns Martin Schleyer の誘拐に関連して 1977 に導入された)。被拘禁者には、しかしながら、請求によって、LG の長官によって選任される弁護士が、「連絡係」として付き添わなければならない (§ 34a EGGVG)。被拘禁者の弁護人は、この点に関しては、排除されている。

問 70. a) 起訴前手続における被疑者の裁判官による取調べに際して、その妻が立会いを望んだ。彼女は、そのような権利を持っているのか？

【答】それは、彼女が「補佐人」 (§ 149) と認められるか否かによる。補佐人 (夫婦、人生の伴侶、あるいは、法定代理人) は、公判では、代弁および

審問の権利を持っている。その行使にはその立会が必要である。妻が、起訴前手続で、補佐人として認められるか否かは、捜査裁判官の裁量に基づいている（§ 149 III）。弁護人に当然に認められている、それ以上の権利（例えば、証拠申請の地位）を、補佐人は、その他の点では持っていない（少年裁判所の手続 § 69 III JGG）。

b) 被疑者が、彼の妻の立会いを許可するようにとの申立をすることができ
きるのか？

【答】いいえ。§ 149 I による申立権は、補佐人とされる人自身にのみ固有の権利として認められている（OLG Düsseldorf NJW 79, 938）。

（よしだ・のぶゆき 桐蔭横浜大学法科大学院教授）